Die Beweislast beim Kauf nach Probe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Facultät

der Landes-Universität Rostock

von

Carl Esser

Gerichtsreferendar.

DÜSSELDORF
Druck von Gebr. Tönnes.

1903

Die Beweislast beim Kauf nach Probe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Facultät

der Landes-Universität Rostock

von

Carl Esser

Gerichtsreferendar.

DÜSSELDORF

Druck von Gebr. Tönnes.

Meinen teuern Eltern
in Dankbarkeit und Liebe
gewidmet.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0159

Uebersicht.

Seite

I. Einleitung: Die praktische Bedeutung der Beweislast 9

II. Ausführung:

Erstes Kapitel.

Die Beweislast im allgemeinen.

1. Begriff und Wesen der Beweislast . . 12
2. Die Beweislastverteilung:
   a) Grundlagen derselben; 14
   b) Beweislasttheorieen; 16
   c) Grundsätze für eine gerechte Verteilung der Beweislast und deren Anerkennung im B. G. B. 23

Zweites Kapitel.

Die rechtliche Natur des Kaufs nach Probe . 30

Drittes Kapitel.

Die Beweislast beim Kauf nach Probe.

1. Der Beweis, dass Kauf nach Probe vorliegt.
   a) Ansicht des Verfassers:
      α) beim Spezieskauf hat Käufer, . . 32
      β) beim Genuskauf Verkäufer die Abmachung der Probemässigkeit zu beweisen 37

Seite

b) Kritische Würdigung gegenteiliger Ansichten:

α) derjenigen, die beim Spezieskauf dem Verkäufer die Beweislast auferlegt, ... 39

β) derjenigen, die beim Genuskauf den Käufer beweisen lässt. 51

2. der Beweis der Probemässigkeit . . . 53

3. Der Beweis der Identität der vorgelegten Probe 58

III. Schluss. 60

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Bekh, Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch 1899.

Bethmann-Hollweg, Versuche, 1827.

Betzinger, Die Beweislast im Civilprozess, 1894.

Burckhardt, Die civilistischen Präsumtionen.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I, 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I, 1900.

Dernburg, Pandekten, 1896.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, 1897.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch II, 1901.

Fischer, Recht und Rechtsschutz, in Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B.

Fitting, Die Grundlagen der Beweislast, in Busch's Zeitschrift XIII, 1889.

Gerber, Kritische Erörterungen, 1891.

Heise-Cropp, Juristische Abhandlungen, 1827.

v. Knieriem, Behauptungspflicht und Beweislast, 1896.

Kress, Zur Lehre von der Beweislast, 1899.

Kroll, Klage und Einrede nach deutschem Recht, 1884.

Langenbeck, Beweisführung, 1858.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch, 1902.
Maxen, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen, 1861.
Oertmann, Commentar zum B. G. B., 1901.
Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1896.
Planck, Commentar zum B. G. B. II, 1901.
Reinhold, Lehrbuch vom Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast, 1888.
Reinhold, Zur Lehre von der Beweislast, in Busch's Zeitschrift XX, 1894.
Rizy, Beweisführung, 1841.
Rosenberg, Die Beweislast, 1900.
Schneider, Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise.
Schröder, Die Regulierung der Beweislast, 1897.
Staub, Commentar zum H. G. B. I, II, 1900.
Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis, 1900.
Unger, System des östreichischen allgemeinen Privatrechts, II, 1868.
Wach, Die Beweislast nach B. G. B., 1901.
Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung, 1845.
Windscheid, Pandekten I, II, 1900.
Zitelmann, Das Recht des B. G. B., Allgemeiner Teil, 1900.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Seufferts Archiv.
Materialien zum B. G. B. und zur C. P. O.

Einleitung.

Die praktische Bedeutung der Beweislast.

Die Frage der Beweislast, welche, auf den konkreten Fall des Kaufs nach Probe bezogen, den Gegenstand nachstehender Ausführungen bildet, ist eine der meist umstrittenen, aber zugleich auch wichtigsten der ganzen Rechtswissenschaft. Zweifellos giebt es auf juristischem Gebiete kaum einen Gegenstand von so eminent praktischer Bedeutung als gerade diese Materie. Jeden Tag, in jedem Prozesse kann die Beweislastregelung von entscheidendem Einfluss sein.

Zwar soll nicht geleugnet werden, dass sie nach heutigem Recht nicht mehr in allen Fällen dieselbe bedeutsame Rolle spielen wird wie im gemeinen Prozess. Die legale Beweistheorie und das gefährliche Beweisinterlokut, die zwei charakteristischen Merkmale des gemeinrechtlichen Beweisverfahrens, sind verschwunden, an ihre Stelle ist die freie richterliche Beweiswürdigung und der abänderliche Beweisbeschluss getreten. Aber trotzdem wird es auch heute in sehr vielen Fällen dem Richter nicht gelingen, auf Grund freier Beweiswürdigung zu einer Ueberzeugung zu kommen, auch heute wird in zahlreichen Prozessen der Richter zu dem letzten

Hülfsmittel, dem Eide, seine Zuflucht nehmen müssen, und alsdann steht die Bedeutung der Beweislastregelung in unserem modernen Prozess in keiner Weise zurück hinter der des gemeinen Rechts. Bestimmt doch § 447 C. P. O.: »Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht«, woraus folgt,[1]) dass die Leistung des von einer nicht beweispflichtigen Partei zugeschobenen Eides bedeutungslos ist, vielmehr eine Eideszuschiebung allein dann berücksichtigt werden darf, wenn sie von der beweispflichtigen Partei ausgeht. Der Richter muss demnach in jedem Prozesse die Beweislastfrage aufs genaueste untersuchen und sorgfältig prüfen, wem die Beweislast zufällt.

Ausserdem ist aber auch derjenige, welcher dem anderen den Eid anvertrauen muss, diesem gegenüber entschieden im Nachteil. Denn ganz abgesehen davon, dass er gezwungen ist, die Wahrheit bezw. Unwahrheit der streitigen Thatsache dem Gewissen des Gegners anheimzustellen, ist es doch sicher zweifellos, dass manchmal die Parteien sich in die von ihnen behauptete Ansicht so sehr hineingelebt haben, dass sie leicht geneigt sind, dieselbe für wahr zu halten.

Somit kann die Eidesleistung von allergrösstem Einfluss auf den Ausgang eines Prozesses werden. Wer aber derjenige ist, der den Eid schwören darf, darüber entscheidet eben die Verteilung der Beweislast, und deshalb hat die Beweislast und ihre Regelung auch heute noch die grösste Bedeutung

[1]) R. G. 17335.

für Gericht und Parteien. Nicht mit Unrecht sagt Stölzel[1]): »Die Auflage der Beweislast bedeutet den halben Prozessverlust.«

Diese Bedeutung bietet eine genügende Begründung für die Berechtigung nachstehender Ausführungen, welche sich mit der Beweislast beim Kauf nach Probe beschäftigen werden.

Um eine befriedigende Behandlung dieses Themas zu ermöglichen, wird es erforderlich sein, zunächst auf Begriff und Wesen der Beweislast näher einzugehen, es wird nötig sein, die Stellung der verschiedenen Theorieen zu dieser Materie zu erörtern und ein gewisses Princip für eine gerechte Verteilung der Beweislast aufzustellen. Alsdann sollen nach einer kurzen Betrachtung der rechtlichen Natur des Kaufs nach Probe die gefundenen Beweislastgrundsätze auf den Gegenstand der Abhandlung angewandt werden und zwar in der Weise, dass den breitesten Raum der am meisten zweifelhafte Punkt, der Beweis, dass nach Probe gekauft sei, einnimmt, während die Frage der Beweislast bezüglich der Probemässigkeit und der Identität der vorgelegten Probe, weil weniger bestritten, kürzer behandelt werden wird.

---

[1]) Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis. S. 8.

Erstes Kapitel.

Die Beweislast im allgemeinen.

1. Begriff und Wesen der Beweislast.

Die Beweislast wird vielfach definiert »als die Notwendigkeit für eine Partei, gewisse Thatsachen bei Meidung eines ungünstigen Urteils im Prozesse zu behaupten und, falls sie beweisbedürftig sind, zu beweisen,«[1]) oder die Beweislast wird auch bezeichnet als »die durch die Feststellung bestimmter Thatsachen abwendbare Gefahr des Prozessverlustes,«[2]) als eine »gefährliche prozessuale Situation.«

Man darf bei dem Ausdruck »Beweislast« aber nicht etwa an eine für die Parteien bestehende Verpflichtung zum Beweise denken. Eine solche besteht nicht. Fischer[3]) nennt daher die Beweislast durchaus zutreffend »eine Obliegenheit im eignen Interesse«, Fitting[4]) »eine praktische Notwendigkeit, das praktische Interesse an der Beschaffung des Beweises.«

Ein solches »praktisches Interesse« hat nun derjenige, der aus einem ihm zustehenden subjektiven Recht Ansprüche gegen einen anderen geltend machen

[1]) In diesem Sinne Fitting, Grundlagen der Beweislast in Busch's Ztschr. XIII. S. 12.

[2]) Kress, Zur Lehre von der Beweislast S. 16.

[3]) Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuterung u. Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B. Heft 6 S. 19.

[4]) a. a. O. S. 12 13.

will. An ihm liegt es alsdann, dasselbe zur Feststellung zu bringen, er muss, damit ein ihm günstiges Urteil ergehen kann, damit sein Anspruch gerichtliche Anerkennung finde, Umstände vorbringen, welche denselben dem Richter gegenüber als gerechtfertigt erscheinen lassen.

Diese Feststellung eines Rechts geschieht durch Feststellung seiner Voraussetzungen, die in rechtliche und thatsächliche zerfallen. Erstere bestehen in der Norm des objektiven Rechts, unter die der betreffende Thatbestand fällt; es ist Sache des Richters, diese Rechtsnorm zu ermitteln.[1]) Uns interessiren für unsere Frage nur die thatsächlichen Voraussetzungen, da sie allein es sind, bei denen die Beweislast in Betracht kommen kann.

Sie zerfallen in zwei Klassen,[2]) einmal in Thatsachen, die im Prozess feststehen müssen, damit das Recht zuerkannt werden kann, ferner in solche, die nicht feststehen dürfen, wenn das Recht zuerkannt werden soll.

In jedem Prozess wirft sich nun regelmässig für den Richter die Frage auf, ob eine Thatsache Voraussetzung des Bestehens oder Nichtbestehens des beanspruchten Rechts ist und ferner, wem das Bestehen oder Nichtbestehen zum Vorteil, wem zum Nachteil gereicht. Die Antwort giebt das materielle Recht. Das Prozessrecht dagegen giebt uns die Mittel, diese Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens zu erreichen, und zwar bietet es uns dazu

[1]) **Jura novit curia, Ausnahme** § 293, C. P. O.

[2]) vergl. Bekh, die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch S. 1 ff.

verschiedene Wege: Eine Thatsache kann bei Gericht offenkundig sein (§ 291 C. P. O.), sie wird von der Gegenpartei zugestanden (§ 288[1] C. P. O.), oder sie wird als feststehend fingiert (§§ 138 u. 331[1] in Verbindung mit 333 C. P. O.). Treffen diese Fälle nicht zu, so bleibt das Beweisverfahren übrig, und es gilt alsdann, zu entscheiden, wen trifft für eine bestimmte Thatsache die Beweislast.

2. Die Beweislastverteilung.

a) Grundlagen derselben.

Drei Möglichkeiten bezüglich Regelung der Beweislast sind logisch denkbar:[1]) 1. den Angreifer trifft allein die Beweislast, Beklagter beschränkt sich aufs Leugnen; 2. der Angreifer ist von jedem Beweise frei; Beklagter hat die Unrichtigkeit sämtlicher klägerischen Behauptungen und die Richtigkeit seiner Einwendungen darzuthun; 3. Die Beweislast wird verteilt.

Die erste Möglichkeit bleibt natürlich ganz ausser Betracht. Es ist ein Gebot der Vernunft und der Billigkeit, dass die Beweislast verteilt wird, es ist erforderlich, dass auch Beklagter einen Teil der Prozessgefahr trägt. Wäre dem nicht so, dann würde man ja vom Kläger verlangen, die sämtlichen thatsächlichen Voraussetzungen für die gegenwärtige Existenz seines Anspruchs, also den ganzen materiellen Klagegrund zu beweisen. Damit würde man ihm aber etwas Unmögliches zumuten, er könnte mit seinem Anspruch niemals durchdringen, die Rechtsprechung wäre lahm gelegt.

[1]) s. Bekh, a. a. O. S. 15.

Nicht minder ungerecht und widersinnig ist es, dem Beklagten die Beweislast für die Unrichtigkeit des ganzen klägerischen Vorbringens aufzubürden.

Bei beiden eben besprochenen Möglichkeiten könnte überhaupt von einer Verteilung der Beweislast keine Rede sein, und nur eine solche darf doch ernstlich in Erwägung gezogen werden. Nur dann ist es möglich, ein gerechtes Beweislastprinzip zu finden, wenn man davon ausgeht, dass nicht der ganze materielle Klaggrund zur Beweislast des Klägers gestellt werden darf, sondern dass innerhalb desselben eine Grenze zu ziehen ist, dass schon bei Vorhandensein gewisser Thatsachen des materiellen Klagegrundes für den Richter die Pflicht besteht, ein dem Kläger günstiges Urteil zu fällen [1]).

Welches sind diese Thatsachen? Es sind diejenigen, die geeignet sind, das Klagerecht zur Entstehung zu bringen, die sog. rechtsbegründenden, der prozessuale Klaggegrund. Sein Beweis kann anerkanntermassen mit Fug und Recht primär vom Kläger gefordert werden. Hat er seine Existenz dargethan, so erscheint sein Anspruch begründet, und es ist nunmehr Sache des Angegriffenen, Umstände anzuführen und eventuell zu beweisen, welche die Wirkung der vom Kläger vorgebrachten rechtsbegründenden Thatsachen entweder gar nicht entstehen liessen (rechtshindernde) oder später wieder zerstörten (rechtsvernichtende) oder die Geltendmachung des klägerischen Anspruchs hemmen. (Einreden i. engeren Sinne.) Diese vom Beklagten

[1]) vergl. Kress, a. a. O. S. 11.

vorzubringenden Thatsachen bilden den sog. Einredegrund. Demnach hat Kläger den Klagegrund [1]), Beklagter den Einredegrund darzuthun.

Vorstehender Grundsatz ist zweifellos richtig, aber es ist damit wenig geholfen. Mit Recht sagt Burckhardt [2]): „Die gewöhnliche Antwort, Kläger hat die rechtserzeugenden, Beklagter die rechtshindernden Thatsachen zu beweisen, ist in der That keine; denn man muss wieder fragen, welche sind rechtserzeugend, welche rechtshindernd?“ Dies sicher herauszufinden, ist eben die Aufgabe, um welche es sich handelt. Sie darf aber nicht, wie Maxen [3]) meint, immer nur mit Beziehung auf einen einzelnen Fall gelöst werden, sondern es ist ein allgemeines Prinzip zu finden, mit dessen Hülfe man im Stande ist, zu sagen, was zum Klagegrunde, was zum Einredegrund gehört.

Ein solches Prinzip aufzustellen, hatten sich auch die vielen Theorieen, die sich mit der Beweislastfrage beschäftigten, zum Ziele gesteckt. Sie zu betrachten, wird die Aufgabe des folgenden Abschnittes sein, um dann, nach kritischer Würdigung der einzelnen, die unseres Erachtens besten Grundsätze für eine gerechte Verteilung der Beweislast daraus herzuleiten und anzunehmen, und damit ein sicheres Kriterium für die Scheidung des Klagegrundes vom Einredegrunde zu gewinnen.

b) Beweislasttheorieen.

Viele Schriftsteller suchen für die von ihnen

[1]) Wenn in der Folge einfach von Klagegrund gesprochen wird, ist immer der prozessuale Klagegrund gemeint.

[2]) Burckhardt, Die civilistischen Präsumtionen, S. 152.

[3]) Maxen, Beweislast, Einreden und Exceptionen. S. 5.

verfochtene Ansicht über die Beweislastregelung Stellen aus den römischen Quellen heranzuziehen. Der Satz des römischen Rechts, „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat,“ wurde dahin ausgelegt, dass Verneinungen von Thatsachen nicht bewiesen zu werden brauchten. Der Beweis einer Negative galt für einfach unmöglich, jedenfalls aber für nicht notwendig.

Dieser Theorie von der affirmativen Beweislast stand aber der Umstand entgegen, dass jede Bejahung durch einfachen Wechsel des Prädikats in eine Verneinung verwandelt werden konnte, so dass die Möglichkeit bestand, mit Leichtigkeit der Verpflichtung zum Beweise zu entgehen, dass ferner der Beweis von Negativen, wenn auch schwierig, so doch keineswegs unmöglich war, was ja auch heute allgemein zugegeben wird.

Dem erstgenannten Vorwurf glaubte in späterer Zeit Schneider [1]), der Begründer der sog. Präsumtionstheorie, dadurch zu entgehen, dass er die Verneinungen in wirkliche und scheinbare einteilte und bezüglich dieser gewisse Wahrscheinlichkeitsgrade aufstellte. Auch jüngst noch fand die Theorie von der affirmativen Beweislast einen Verteidiger in Fitting [2]). Aber man kann wohl sagen, dass alle Versuche zu ihrer Rettung gescheitert sind, und dass sie heute fast gänzlich aufgegeben ist. Hatte sie doch auch das Problem, um welches es sich bei der Beweislastverteilung handelt, durchaus nicht richtig erkannt. Es lässt sich aus dieser Theorie kein

[1]) Schneider, Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. §§ 15 ff.

[2]) a. a. O. 1 ff.

Prinzip für die Regulierung der Beweislast herleiten. Ihre Anhänger führen nur aus, dass den Kläger die Beweislast treffe hinsichtlich des Klagegrundes, Beklagten hinsichtlich des Einredegrundes, ferner dass gewisse Thatsachen keines Beweises bedürften [1]), nicht aber behandeln sie die Frage, was zum Klagegrunde, was zum Einredegrunde gehöre. Ihr sind erst die folgenden Theorieen näher getreten.

Als ihr Vorläufer darf Weber[2]) angesehen werden. Er war es, der die Unhaltbarkeit der Präsumtionstheorie und der damit zusammenhängenden Theorie von der affirmativen Beweislast glänzend nachwies. Dagegen machte er selbst bei der Behandlung der Beweislastfrage den Fehler, dass er sich nur damit befasste, wer beweisen, dagegen nicht, was bewiesen werden müsse. Es ist also der Kernpunkt, welches denn die Thatsachen sind, die zum Klagegrund gehören, nicht berücksichtigt.[3])

Ganz bedeutenden Fortschritt machte die Lehre von der Beweislast unter Bethmann-Hollweg,[4]) dem Begründer der Theorie von der Regel und Ausnahme. Durch ihn wurden die bezüglich des Beweises in Betracht kommenden Thatsachen zuerst in rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtsvernichtende eingeteilt, und dem Kläger der Beweis der ersteren, dem Beklagten der der beiden anderen

[1]) Richtig ist der von der affirmativen Beweislastheorie aufgestellte Satz, dass die Fortdauer eines einmal entstandenen Rechtes nicht bewiesen zu werden brauche.

[2]) Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess.

[3]) vergl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 333 ff.

[4]) Bethmann-Hollweg, Versuche.

Arten übertragen. Während nun die Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Thatsachen leicht zu machen ist, da die Gesetze über die Entstehung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen meist genügende ausdrückliche Bestimmungen enthalten, bereitet dies bei den rechtsbegründenden und rechtshindernden oft die grössten Schwierigkeiten. Und da besteht eben die grosse Bedeutung Bethmann-Hollweg's darin, dass er für die Trennung dieser beiden Arten von Thatsachen ein Princip aufzustellen wusste, indem er als rechtserzeugende die „eigentümlichen, unmittelbaren, wesentlichen“[1]) Bedingungen der Entstehung eines Rechts, als rechtshindernde bezw. rechtsvernichtende alle anderen bezeichnete. Zur Begründung führt er an, dass diese eigentümlichen, unmittelbaren, wesentlichen“ Bedingungen die Entstehung eines Rechts seinem Begriffe nach, also in der Regel zur Folge hätten, und dass eine Voraussetzung, die die Entstehung eines Rechtes hindere oder das entstandene nachher wieder aufhebe, eine Ausnahme sei. Welches nun diese spezifisch rechtserzeugenden Thatsachen seien, lasse sich nicht nach einem allgemeinen Grundsatz, sondern allein mit Rücksicht auf die Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses beantworten.[2])

Einem derartigen Princip lag thatsächlich eine gesunde Auffassung zu Grunde, in Wissenschaft[3])

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 350.

[2]) vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 368 ff.

[3]) Heffter, Zusätze zu Weber S. 218 ff. Römer, Pandekten § 114 — Unger, System II S. 454 ff. Windscheid, Pandekten I, S. 438 ff.

und Praxis fand es bald fast allgemeine Aufnahme, das Beweislastproblem schien damit gelöst.

Aber ganz fehlte es auch der Theorie Bethmann-Hollweg's nicht an Gegnern. So hat ihr in neuerer Zeit Betzinger den Vorwurf gemacht, es werde durch sie nur „eine unbekannte Grösse durch eine andere, ebenso unbekannte, substituiert."[1]) Er fragt, was unter der Regel, was unter der Ausnahme zu verstehen sei? Ob etwa das numerische Iterationsverhältnis damit gemeint sein solle?[2]) Schon Bethmann-Hollweg selbst hat darauf geantwortet: „Die Regel in diesem Sinne bilde nicht die Mehrzahl einzelner Fälle, sondern was unmittelbar aus dem Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäfts abgeleitet werden könne.[3])« Oder fährt Betzinger[4]) fort, „soll der Gesetzeswille massgebend sein? Wer sagt uns dann aber, was das Gesetz als Regel, was es als Ausnahme betrachtet hat.« Dem glauben wir entgegnen zu können, dass doch in manchen Fällen gerade unser B. G. B. es uns ermöglicht, sei es aus ausdrücklichen Bestimmungen, sei es aus der Fassung der einzelnen Paragraphen, Regel und Ausnahme zu erkennen, und wo dies nicht gelingen sollte, wird unseres Erachtens meist eine eingehende Untersuchung des individuellen Rechtsverhältnisses zum Ziele führen. Demnach ist die Theorie Bethmann-Hollweg's als die im Princip richtige anzuerkennen, wenn auch die Vorwürfe Betzingers nicht

[1]) Betzinger, Beweislast im Civilprozess S. 309.
[2]) Betzinger, a. a. O. S. 309.
[3]) Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 350, 351.
[4]) a. a. O. S. 309.

ganz unberechtigt sind, und die Begriffe »Regel und Ausnahme« thatsächlich, wie später[1]) auszuführen, einer etwas schärferen Begrenzung bedurften.

Auf andere Weise wie Bethmann-Hollweg sucht die Theorie vom sog. äusseren Thatbestande die rechtserzeugenden von den rechtshindernden Thatsachen abzugrenzen und dadurch ein Prinzip für die Beweislast des Klägers bezw. Beklagten zu finden. Ihre Hauptvertreter sind Langenbeck [2]) und Burckhardt [3]). Sie behaupten, der vom Kläger zu beweisende Klagegrund beschränke sich auf die äusseren Merkmale der Entstehung des Anspruchs. Im täglichen Leben beurtheile man ja ebenfalls die Frage, ob ein bestimmtes Recht entstanden sei, regelmässig nach den äusseren Merkmalen, und dies müsse in gleicher Weise für den Prozess gelten.

Auch diese Theorie kann nicht befriedigen. Es mag zwar zugegeben werden, dass im allgemeinen der Beweis des Klagegrundes durch den Beweis der äusseren Merkmale geführt wird, aber in sehr vielen Fällen wird es eben zweifelhaft sein, welches die äusseren Merkmale sind, und was unter den äusseren Thatbestand fällt. Wie soll es ferner gehalten werden, wenn eine innere Thatsache zum Thatbestande gehört? Ueberhaupt kann das, was im täglichen Leben gilt, darum noch lange nicht für den Richter massgebend sein. »Das Ideal der Rechtsprechung ist doch sicherlich nicht, sich mit dem äusseren Schein zu begnügen, sondern den Thatsachen auf den Grund

---

[1]) s. S. 24 ff.

[2]) Langenbeck, Beweisführung S. 280.

[3]) Burckhardt, Die civilistischen Präsumtionen, S. 156.

zu gehen und den Rechtsspruch möglichst auf Grund des wirklichen Sachverhalts zu erlassen.« [1])

Wir kommen zur neuesten aller Beweislasttheorieen, der sog. Normentheorie. Ihr Begründer ist Betzinger [2]). Nach ihm lässt sich die ganze Beweislastfrage aus der Fassung der einzelnen Gesetzesnormen und ihrem Verhältnis zu einander beantworten. Die verschiedenen Rechtsvorschriften eines Gesetzbuches stehen, so führt er aus, nicht ohne jede Ordnung neben einander, sie greifen vielmehr in der mannigfachsten Weise in einander ein, indem sie entweder sich ergänzen und unterstützen, oder sich entgegenwirken, während andere gar keine Berührungspunkte mit einander haben und ohne jeden Einfluss auf einander sind. Diese Wechselwirkung der verschiedenen Normen sucht Betzinger dann für die Beweislastfrage zu verwerten und kommt schliesslich zu dem Resultat, dass unter dem Klagegrund »der Inbegriff derjenigen Thatbestandsmerkmale zu verstehen ist, welche im Prozess festgestellt sein müssen, damit das Klagbegehren unter irgend eine civilrechtliche Norm (Mindernorm) subsumiert und als individueller Anspruch zuerkannt werden kann.« [3]) Dies ist der »Minimalthatbestand«, der vom Kläger in den Prozess eingeführt und eventuell bewiesen werden muss, um seinem Anspruch die genügende Begründung zu geben. Alles andere fällt unter den vom Beklagten zu beweisenden Einredegrund. Betzinger sieht demnach einzig und allein in der

[1]) Kress, a. a. O. S. 45.
[2]) Betzinger, a. a. O. S. 247 ff.
[3]) Betzinger, a. a. O. S. 306.

Fassung der Gesetzesnormen und in ihrem Verhältnis zu einander die »Erkennungsschranke« für die Begrenzung des Klagegrundes bezw. Einredegrundes.

Im allgemeinen mag diese Theorie das Richtige getroffen haben. Dennoch lässt sich nicht leugnen, dass sie sich zuviel an die äussere Form des Gesetzestextes hält und damit sich allzu sehr von der tieferen, wissenschaftlichen Betrachtung der Beweislastfrage loslöst. Auch dürfte sie uns im Stiche lassen, wenn es sich um die Beweislastregelung beim ius non scriptum handelt. Schon aus diesen Gründen ist die Theorie Betzingers nicht anzunehmen.

c) Grundsätze für eine gerechte Verteilung der Beweislast und deren Anerkennung im B. G. B.

Wir haben im vorigen Begriff und Wesen der Beweislast betrachtet, wir haben gesehen, dass eine gewisse Verteilung derselben auf beide Parteien stattfinden muss. An der Art und Weise dieser Verteilung haben, wie gezeigt, die Gelehrten seit Jahrhunderten gearbeitet, die verschiedensten Theorieen haben dieses Problem zu lösen versucht. Aber keine der bisher besprochenen kann sich sagen, ihr Ziel vollständig erreicht und allgemein gültige und befriedigende Regeln für die Feststellung des Klagegrundes bezw. Einredegrundes gefunden zu haben.

Im Folgenden soll es unternommen werden auf Grund der bisherigen Erörterungen ein Princip für eine nach unserer Ansicht angemessene und gerechte Verteilung der Beweislast aufzustellen, mit dessen Hülfe jede Einzelentscheidung zu fällen möglich ist.

Schon oben [1]) ist begründet worden, dass die Bethmann-Hollweg'sche Theorie der Regel und Ausnahme als die im wesentlichen Richtige anzuerkennen sei. Ihr haftete nur der eine grosse Fehler an, dass sie den Begriff der „Regel nnd Ausnahme", des „Spezifischen", „Begriffsnotwendigen", nicht präziser zu definieren und infolgedessen kein unbedingt sicheres Kriterium für die Zugehörigkeit gewisser Thatsachen zum Klagegrunde aufzustellen vermochte.

Diesen Fehler hat als Erster Fitting zu vermeiden gewusst und damit unseres Erachtens eine Lösung der Beweislastfrage herbeigeführt.

Auf der von Bethmann-Hollweg gelegten Grundlage weiterbauend, hat er in das Wesen der Regel- und Ausnahmevorschrift tiefer einzudringen versucht. Fitting [2]) geht von dem zweifellos richtigen Grundgedanken aus, dass eine gewisse Gestaltung der Verhältnisse als die normale und regelmässige angesehen werden könne. Dies habe auch von jeher eine jede Gesetzgebung berücksichtigt, oft ohne es zu wissen, sei man diesem Prinzip gefolgt, indem man gewisse Normalregeln als Grundlagen festlegte, abweichende Gestaltungen aber angemessener Weise durch Aufstellung besonderer Sätze regelte. So erscheine „die ganze Rechtsordnung als ein Grundstock allgemeiner Normalregeln, in der Wirkung beschränkt durch eine grosse Menge immer feiner sich verästelnder Ansnahmen." Was als das Normale anzusehen sei, das bemesse sich teils nach den Erfah-

[1]) siehe Seite 18 ff. der Abh.

[2]) vergl. zum Folgenden Fitting, a. a. O. S. 48 ff.

rungen des Lebens und der Natur der Sache, teils nach dem Zusammenhang der Rechtsvorschriften und dem Standpunkte der einzelnen Gesetzgebungen. Aus dem Gesetze selbst könne man meist entnehmen, was es als die gesetzliche Regel, als das Normale, was es als Abweichung von dieser Regel angesehen haben wolle. Regelmässig lasse sich die Normalvorschrift von dem im Gesetz festgelegten Ausnahmefall dadurch trennen, dass Letzterer neben den Thatbestandsmerkmalen des Regelfalles noch gewisse besondere Merkmale enthalte, bei deren Vorliegen die Ausnahmewirkung eintrete. Wer sich nun auf eine Normalregel stütze, habe nur die thatsächlichen Voraussetzungen dieser anzuführen und zu beweisen; behaupte jemand den ausnahmsweisen Nichteintritt der regelmässigen Wirkung, so habe er die Voraussetzungen dieser Ausnahmevorschrift darzuthun. Fitting stellt also den Satz auf: „Derjenige, der das Dasein eines Rechts geltend macht, kann sich mit dem Anführen und eventuellen Beweis solcher Thatsachen begnügen, welche, normale Verhältnisse vorausgesetzt, ein solches Recht zur Entstehung bringen.“ [1]) Mit anderen Worten, derjenige, der eine Regelwirkung geltend macht, hat nicht den Mangel aller möglichen Ausnahmen, sondern derjenige, der eine Ausnahme zu seinen Gunsten behauptet, hat diese zu beweisen.

Wie sehr dieses Princip sich Anerkennung verschafft hat, geht aus dem Umstande hervor, dass die Verfasser des B. G. B. es zu dem ihrigen machten. Durch § 194 E. I zum B. G. B. sollte es sogar ge-

(1 Fitting, a. a. O. S. 49.

setzlich anerkannt werden. Wenn dieser Paragraph gestrichen wurde, so geschah das, weil man überhaupt die Materie der Beweislast einer gesetzlichen Regelung für ungeeignet erachtete,[1]) nicht aber, weil man die Regel- und Ausnahmetheorie verworfen hätte. Diese ist vielmehr unzweideutig als die im B. G. B. herrschende Beweislasttheorie zu erkennen, die Fassung der einzelnen Paragraphen und ihr Verhältnis zu einander macht dies zweifellos. Entweder wurden selbständige Rechtssätze als Ausnahmevorschriften aufgestellt, die gegenüber der Regelvorschrift dadurch zu unterscheiden sind, dass ihre Rechtswirkung der der Letzteren direkt widerspricht, z. B. § 935 B. G. B. im Verhältnis zu § 932, oder aber es wurden zwar die Ausnahmethatsachen nicht direkt durch einen besonderen Paragraphen normiert, sondern im Thatbestande der Regelvorschrift belassen, alsdann jedoch durch die Fassung als Ausnahme genügend gekennzeichnet. So haben wir es mit einer Ausnahmewirkung zu thun, wenn ein Satz angefügt wird mit

[1]) Protokolle Bd. I S. 259/60, 262 ff: »Für die Regelung der Beweislast seien logische Gründe, Billigkeits- und Zweckmässigkeitsrücksichten massgebend, so dass durch Aufstellung genereller Bestimmungen nichts gewonnen werde.« — Dieser Standpunkt des Gesetzes ist unseres Erachtens nur zu billigen. Es ist nicht Aufgabe der Gesetzgebung sich in „juristischen und rechtsphilosophischen Reflexionen zu ergehen“ (Bekh, a. a. O. S. 43), und ausserdem ist es wohl auch ein Ding der Unmöglichkeit, die unerschöpfliche Menge von Rechtsthatsachen, die im Leben vorzukommen pflegen, unter einheitliche Gesichtspunkte zu bringen und bezüglich ihres Beweises gesetzliche Normen festzulegen. Solche allgemeine Normen lassen sich um so eher entbehren, da das Gesetz in vielen wichtigen Fällen durch Specialbestimmungen, im anderen durch die Fassung der Paragraphen über die Beweislast entschieden hat.

den Worten »es sei denn dass«, oder »ausgenommen«, »ausgeschlossen,« »diese Vorschriften finden keine Anwendung.« Es ist klar, dass der Gesetzgeber die Beweislast dadurch so geregelt haben wollte, dass die Voraussetzungen dieser Ausnahmevorschrift zur Beweislast dessen stehen sollten, der sich darauf berufe.

Demnach ist nicht wohl zu leugnen, dass die von Fitting aufgestellten Sätze den Grundgedanken gebildet haben, von dem die Redaktoren des B. G. B. bezüglich der Beweislast ausgegangen sind, und dass das Beweislastprincip unseres Gesetzbuches gemäss der Regel- und Ausnahmetheorie sich in den Satz zusammenzufassen lässt: Kläger hat als Klagegrund nur die thatsächlichen Voraussetzungen der Regelvorschrift auf die er seinen Antrag stützt, anzuführen und zu beweisen, Sache des Beklagten ist es, eine etwa eingreifende Ausnahmenorm geltend zu machen. [1])

Auf das Klagvorbringen des Klägers kann nun Beklagter in verschiedener Weise antworten. Er

---

[1]) Selbstverständlich ist es, dass Kläger diejenigen Voraussetzungen, die für alle Ansprüche gegeben sein müssen, nicht zu beweisen braucht, z. B. bei einen Vertragsschluss die Geschäftsfähigkeit. Sie werden ohne weiteres als vorhanden angesehen. Die Bestreitung solcher Thatsachen ist daher in das Gebiet der rechtsverneinenden Einwendungen zu verweisen und die Beweislast dafür dem Beklagten aufzuerlegen. — Ebensowenig braucht Kläger die Fortdauer eines als entstanden bewiesenen Rechts darzuthun, was einmal aus der von Fitting (a. a. O. S. 18) gegebenen Begründung, dann aber auch schon daraus hervorgeht, dass der Thatbestand der Regelvorschrift nur die Entstehungsthatsachen enthält, und nach unserem Beweislastprincip vom Kläger nur diese Regelvorschrift zu beweisen ist.

kann einmal eine oder alle Klagthatsachen leugnen, oder aber er kann vechtsverneinende bezw. rechtshemmende Einwendungen geltend machen. Der Unterschied liegt darin, dass bei Klagleugnung eine der vom Kläger angeführten Thatsachen des Klagegrundes angegriffen wird, die dieser alsdann durch Beweis festzustellen hat, bei Geltendmachung einer Einrede (im weiteren Sinne) dagegen alle Thatsachen des Klagegrundes intakt bleiben, und nur eine neue Thatsache in den Prozess hineingebracht wird, wodurch sich der vom Kläger vorgetragene Thatbestand in etwa verändert. So würde sich, um einen concreten Fall anzuführen, beim Darlehnsanspruch die Behauptung des Beklagten, die Darlehnssumme sei nicht übergeben worden, als Leugnen darstellen, und dadurch Kläger zum Beweise der Uebergabe genötigt werden; dagegen könnte man sein Vorbringen, der Darlehnsanspruch sei verjährt, nur als Einwendung auffassen, wofür Beklagter beweispflichtig wäre.

Es ist also in jedem Prozessverfahren seitens des Richters darauf zu achten, dass Kläger die sämtlichen unter die Regelvorschrift fallenden Thatbestandsmerkmale, also den ganzen prozessualen Klagegrund behauptet, und falls er vom Beklagten geleugnet wird, beweist; alles andere dagegen steht zur Beweislast des Beklagten, gehört zum Einredegrunde.

Demnach hat auch der Richter hinsichtlich der Beweislast bei Kauf nach Probe zu untersuchen, woraus der Klagegrund bezw. Einredegrund besteht und dementsprechend die Beweislast zu verteilen.

Bevor hierauf näher eingegangen wird, soll noch mit einigen Worten die rechtliche Natur des Kaufs nach Probe erörtert werden.

Zweites Kapitel.

Die rechtliche Natur des Kaufs nach Probe.

Das B. G.-B. regelt den Kauf nach Probe im § 494: „Bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehn.“

Durch diesen Paragraphen sollte nun nicht etwa eine ganz besondere Vertragsart, ein neuer Geschäftstypus aufgestellt werden, vielmehr besteht das Charakteristische des Kaufs nach Probe einzig und allein in der vom Verkäufer übernommenen besonderen Nebenverpflichtung, für die Probemässigkeit der Ware aufzukommen. Es liegt somit ein ganz gewöhnlicher Kaufvertrag vor, auf den sämmtliche Paragraphen über den Kauf Anwendung finden, nur mit der Modifikation, dass der Verkäufer, statt wie sonst für Ware mittlerer Art und Güte, noch für besondere dicta et promissa einstehen soll, und „dass diese Bezeichnung der Qualität nicht durch Beschreibung, sondern durch Bezugnahme auf eine Probe erfolgt.“ [1]) Es ist aber nicht einzusehen, dass deshalb die Natur des Geschäfts eine andere werden, dass man etwa in dem Kauf nach Probe einen Kauf mit einer hinzugefügten Bedingung sehen sollte, dahin-

[1]) Staub, Kommentar zum alten H. G.-B. zu § 340.

gehend, es solle der Kaufvertrag nur dann wirksam werden, wenn die gelieferte Ware der Probe entspreche, oder es solle der Vertrag aufgelöst sein, wenn die Ware der Probe nicht entspreche. [1]) Zu einer derartigen Konstruktion liegt durchaus kein Anhalt vor, vielmehr ist ein solcher Vertrag als von Anfang an vollkommen perfekt und unbedingt zu betrachten[2]), wie ja auch Art. 340 des alten H. G.-B., an den sich § 494 B. G.-B. sachlich vollkommen anschliesst, es ausdrücklich bestimmte.

Diese Behandlung des Kaufs nach Probe entspricht dem gemeinen Recht [3]) und der landrechtlichen Doktrin [4]), und deshalb kann die bisherige Rechtsprechung auch jetzt noch auf ihn in ihrem ganzen Umfange Anwendung finden.

---

[1]) So im Art. 1587 code civil.

[2]) Selbstverständlich steht nichts im Wege, dass die Parteien den Kauf als durch die Probemässigkeit der Ware bedingt angesehen haben wollen (R. O. H. G. Bd. 2, S. 418.) Aber diese Auslegung kann nur gelten, falls Beweis dafür erbracht wird. Auch liegt dann kein Kauf nach Probe im Sinne des § 494 B. G.-B. vor.

[3]) Dernburg, Pandekten II, § 95.

[4]) Dernburg, Preussisches Privatrecht II, § 154.

Drittes Kapitel.

Die Beweislast beim Kauf nach Probe.

1. Der Beweis, dass Kauf nach Probe vorliegt.

a) **Ansicht des Verfassers: α) Beim Spezieskauf hat Käufer die Abmachung der Probemässigkeit zu beweisen.**

Wir haben im ersten Teile der Abhandlung ein Prinzip für die Regelung der Beweislast aufgestellt und sind dann mit einigen Worten auf die rechtliche Natur des Kaufs nach Probe eingegangen. Im Folgenden soll es unsere Aufgabe sein, die bisher gefundenen Resultate auf unser Thema, „Die Beweislast beim Kauf nach Probe", anzuwenden.

Naturgemäss wird uns da die am meisten umstrittene und zweifelhafte Frage, wer zu beweisen habe, dass nach Probe verkauft sei, zunächst und zwar bei weitem am längsten beschäftigen. Versuchen wir, sie uns an einem praktischen Prozessfall vor Augen zu führen und an der Hand desselben die Entscheidung zu fällen.

Verkäufer A klagt aus einem Kaufvertrage über 100 Flaschen Wein auf Erfüllung. Der Klageantrag geht dahin, Beklagten B zur Zahlung des bedungenen Kaufpreises in Höhe von 150 Mark zu verurteilen. In der Verhandlung giebt B den Kauf-

abschluss über 100 Flaschen Wein zu, behauptet aber, das Geschäft sei nicht so, wie A ausführt, sondern in anderer Weise[1]) und zwar mit der besonderen Abmachung zu Stande gekommen, dass der Wein einer bestimmten Probe entsprechen solle. Auf Grund dieser Nebenabrede verweigert er die Zahlung, da die gelieferte Ware nicht probemässig gewesen sei. A bestreitet seinerseits jede Abmachung bezüglich der Qualität. — Jetzt wird die Frage

[1]) Es liegt demnach ein Fall des sog. qualifizierten Geständnisses vor, dessen Wesen darin besteht, dass der Beklagte bei der Klagbeantwortung die Behauptung des Gegners zugiebt, dabei aber Beschränkungen oder sonstige Zusätze macht. Hierhin gehören z. B. die Fälle, dass jemand gegenüber einer Darlehnsklage zugiebt, die eingeklagte Summe erhalten zu haben, aber behauptet, sie sei ihm nicht geliehen sondern geschenkt worden, oder aber, wenn jemand mit der Kaufklage belangt zwar den Abschluss des Vertrages zugiebt, dabei aber die Einschränkung hinzufügt, der Kauf sei unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung zu Stande gekommen.

Diese Fälle des qualifizierten Geständnisses haben in der juristischen Litteratur vielen Streit hervorgerufen. Die Schwierigkeit bei demselben liegt nämlich darin, dass die vom Beklagten vorgebrachte Einschränkung sich bald als Klagleugnung darstellt, demnach Kläger ihr Nichtvorhandensein beweisen muss, bald aber eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache ist für deren Vorhandensein dem Beklagten der Beweis obliegt. — Auch in § 289[2] C. P. O. wird anerkannt, dass in den zusätzlichen oder einschränkenden Behauptungen je nach Beschaffenheit des einzelnen Falles eine Einrede oder ein Geständnis liegen könne, und demnach ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob die vom Beklagten vorgebrachte Einschränkung ein Leugnen der Klagethatsachen oder eine Einrede enthält. Leugnen des Klagegrundes liegt aber nur dann vor, wenn nach den feststehenden Beweislastgrundsätzen bestimmt ist, dass zur Beweislast des Klägers auch der Umstand gehört, dass dem Rechtsgeschäft keine bestimmte Einschränkung hinzugefügt sei, m. a. W., wenn dieser negative Umstand im einzelnen Falle zum prozessualen Klagegrunde gehört. Andernfalls liegt eine vom Beklagten zu beweisende Einrede vor.

der Beweislast praktisch, der Richter hat darüber zu befinden, welche von den Parteien der Beweis trifft für die dem Geschäft nach Aussage des B beigefügte Modalität, er muss sich schlüssig werden, ob A den Beweis führen soll, dass einfacher Kauf oder B, dass Kauf nach Probe vorgelegen habe.[1])

Zwei Fälle sind bei der Entscheidung scharf zu trennen und auseinanderzuhalten, je nachdem über den Gegenstând des Kaufvertrags, in unserem Beispiel 100 Flaschen Wein, als eine Spezies- oder eine Genussache contrahiert ist.[2])

Fassen wir zunächst erstere Möglichkeit ins Auge und sehen wir, als was sich dann das Vorbringen des B., es habe Kauf nach Probe vorgelegen, darstellt, und wie sich dabei die Beweislast regelt.

Nach dem von uns angenommenen Beweislastprincip[3]) hat Kläger genug gethan, wenn er diejenigen Thatsachen beweist, welche normale Verhältnisse vorausgesetzt das von ihm beanspruchte Recht zur Entstehung bringen, bezw. welche die Thatbestandsmerkmale derjenigen Regelvorschrift bilden, auf die er seinen Antrag stützt. Es muss demnach beim Kaufgeschäft genügen, wenn Kläger zur Begründung seines Anspruchs auf den Kaufpreis vorbringt und bei Bestreiten des Beklagten beweist, dass er diesem eine bestimmte Sache zu einem be-

[1]) Natürlich sind die Grundsätze über die Beweislast beim Kauf nach Probe nicht nur massgebend, wenn Verkäufer auf den Kaufpreis klagt, sondern auch dann, wenn Käufer wegen Mangels der Probemässigkeit Ansprüche erhebt.

[2]) Es ist klar, dass 100 Flaschen Wein sowohl als eine Spezies, als auch in genere bestimmt sein können.

[3]) s. S. 23 ff.

stimmten Preise verkauft habe. Dies sind Thatsachen, bei deren Feststehen, wie auch im § 433[2] B. G. B. anerkannt, der vom Kläger behauptete Anspruch auf den Kaufpreis begründet erscheint, es ist das Normale, dass bei einem Kaufabschluss über eine individuelle Sache der Verkäufer ein gewisses Entgelt fordern kann. Demnach ist der Klagvortrag des A, er habe dem B 100 Flaschen Wein zum Preise von 150 Mark verkauft, schlüssig, und der Klagegrund damit erschöpfend dargestellt. Es gehört nicht etwa noch der negative Umstand dazu, dass keine Abmachung über besondere Qualität der Ware getroffen sei. Somit liegt in der vom Beklagten vorgebrachten Thatsache kein Leugnen des Klagegrundes, — die zum Klagegrund gehörigen Thatsachen, Preis und Ware, werden zugestanden, — sondern die von ihm behauptete besondere Abmachung bildet „den Grund eines selbständigen Anspruchs auf Befreiung von seiner Zahlungspflicht“ [1]) der dem aus dem Kauf sonst hervorgehenden Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises entgegensteht. Beklagter erweitert durch sein Vorbringen den vom Kläger vorgetragenen Thatbestand der Regelvorschrift um ein Thatbestandsmerkmal, wodurch sich der Thatbestand gegenüber der Regel als ein Mehr, als eine Ausnahme darstellt. Dieses Mehr, diese Ausnahme von der Regel, hat nach unserem im ersten Teile der Abhandlung begründeten Beweislastprincip derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft. Wir kommen daher in Consequenz unserer Theorie beim Spezieskauf zu dem Resultat, dass Ver-

[1]) Bolze XX[180].

käufer als Klagegrund seiner actio venditi zwar den Kaufabschluss über eine bestimmte Sache zu einem bestimmten Preise, nicht aber den reinen Geschäftsabschluss zu beweisen hat, dass dagegen Käufer als Einredegrund die von ihm vorgebrachte besondere Nebenabrede darthun muss.

Diese Entscheidung wird auch in der Praxis fast allgemein als die richtige anerkannt. Gerade über unsere Frage giebt es verschiedene Erkenntnisse des Reichsgerichts und des Reichsoberhandelsgerichts, die im Falle des Spezieskaufs immer auf dem Standtpunkte stehen, die Behauptung des Beklagten, es seien besondere Eigenschaften ausgemacht, oder was dasselbe ist, es sei nach Probe verkauft, sei nicht etwa Leugnen des Klagegrundes, sondern stelle sich als ein von ihm zu beweisender Einwand dar. So führt die Entscheidung in Bolze XX [180] aus, »das von der Käuferin behauptete, dem Spezieskauf beigefügte dictum et promissum bilde den Rechtsgrund eines selbständigen Anspruchs der Käuferin auf Befreiung von ihrer Zahlungspflicht, welcher Anspruch als Folge der Haftung der Verkäuferin aus diesem nicht erfüllten dictum et promissum abgeleitet werde, und der Käuferin liege daher die Beweislast ob, dass das von ihr behauptete dictum et promissum beim Kaufabschluss verabredet sei.« Ebenso entschieden spricht sich das Reichs-Oberhandelsgericht im Band 2 [240] für die Beweispflicht des Käufers hinsichtlich des in unserem Falle bestrittenen Punktes aus: »Es ist klar, dass denjenigen, der aus dem Kauf nach Probe, wenigstens wenn es sich um den Verkauf einer Spezies handelt,

ein Recht ableitet, auch die Beweislast trifft, dass nach Probe verkauft worden sei.« In ähnlichem Sinne sind noch viele Entscheidungen höherer Gerichte ergangen.

β) Beim Genuskauf hat Verkäufer die Abmachung der Probemässigkeit zu beweisen.

Zum entgegengesetzten Resultat wie beim Spezieskauf gelangen wir unter Anwendung unseres Beweislastgrundsatzes in dem Falle, dass über den Vertragsgegenstand in genere ein Kaufvertrag abgeschlossen ist.

Wie oben[1]) ausgeführt, hat Kläger als Klagegrund seiner actio venditi die Thatbestandsmerkmale der Regelvorschrift, Preis und Ware, festzustellen. Solange diese Essentialien des Vertrages nicht dargethan sind, solange sie vom Beklagten bestritten werden, ist der Kläger vom Beweise nicht frei.

Indem nun Beklagter, um zu unserem Beispiel[2]) zurückzukehren, behauptet, es sei nicht einfach über 100 Flaschen Wein, wie Kläger sagt, sondern über 100 Flaschen Wein besonderer einer Probe entsprechenden Qualität contrahiert, greift er ein zur Beweislast des Klägers stehendes Essentiale des Vertrags, ein Thatbestandsmerkmal der Regelvorschrift an. Das Objekt des Vertrages bleibt nicht wie beim Spezieskauf dasselbe, sondern nach der Behauptung des Beklagten ist es ein ganz anderes. Es weichen demnach die Anführungen des Klägers und des Beklagten hinsichtlich des Vertragsgegenstandes von einander ab, und Kläger hat deshalb den durch das Vor-

[1]) s. Seite 27 der Abhandlung.
[2]) s. Seite 32 der Abhandlung.

bringen des Beklagten erschütterten Klagegrund durch Feststellung und Beweis des Kaufgegenstandes wieder herzustellen. Den Kläger trifft die Beweislast dafür, dass keine besondere Probemässigkeit ausgemacht ist.

Auch in dieser Entscheidung stimmt die Praxis mit uns überein. So begründet ein Erkenntnis des Reichs-Oberhandelsgerichts im Band 15^{270}, das ebenfalls beim Genuskauf dem Kläger den Beweis auferlegt, dies damit, dass »eine Verabredung hinsichtlich bestimmter Eigenschaften der Ware im Falle des Genuskaufs nicht Verabredung über einen Nebenpunkt sei, sondern dass durch diese Verabredung der wesentliche Inhalt des Vertrages affiziert werde.« Nicht minder treffend behandelt das Reichs-Oberhandelsgericht im Band 2^{41} die Beweislast beim Genuskauf und hebt hier besonders charakteristisch den Unterschied zwischen diesem und dem Speziskauf hinsichtlich des Beweises hervor. »Ein Kauf nach Probe, so führt diese Entscheidung aus, hat verschiedene Bedeutung, jenachdem über ein genus oder eine species contrahiert ist. Ist Gegenstand des Kaufvertrags ein genus, so wird durch die zugesicherte Probemässigkeit das genus nur enger begrenzt. Hier nun läst sich die Ansicht verteidigen, dass die Behauptung, »es ist nach Probe verkauft,« als negative Litiscontestation zu betrachten ist, als ein Leugnen, dass über ein genus in derjenigen Allgemeinheit contrahiert worden, welche von Seiten des anderen Teils geltend gemacht wird. Gans anders, wenn über eine species contrahiert ist. Das Objekt des Vertrages bleibt dasselbe, gleichviel ob nach Probe verkauft ist oder nicht.«

Wir sehen, dass die Praxis der höheren Gerichte ganz auf unserem Standpunkt steht, dass auch sie den Unterschied macht zwischen Spezies- und Genuskauf und dementsprechend die Beweislast verschieden regelt.

b) Kritische Würdigung gegenteiliger Ansichten und zwar:

α) derjenigen, die beim Spezieskauf dem Verkäufer die Beweislast auferlegt.

Obwohl, wie gezeigt, die von uns verfochtene im vorigen dargelegte Ansicht in der Praxis die bei weitem herrschende ist, giebt es doch manche Juristen, die den Beweis, dass Kauf nach Probe vorliege, in anderer Weise regeln bezw. das qualifizierte Geständnis anders behandeln. Es sind dies die Anhänger der sog. Leugnungstheorie.[1]) Nicht nur in den viel umstrittenen Fällen der beigefügten Bedingung und Zeitbestimmung stellen sie sich auf den Boden der genannten Theorie, sondern auch bei der Behauptung des Käufers, es seien besondere Eigenschaften der verkauften Speziessache ausbedungen, verteidigen sie diesen Standpunkt, sehen den Einwand des Käufers als Klagleugnung an und bürden dem Verkäufer abweichend von unserer Entscheidung gleichfalls beim Spezieskauf den Beweis für den reinen Kaufabschluss auf.[2])

---

[1]) Leugnungstheorie, — im Gegensatz zu der von uns vertretenen Einredetheorie, — weil sie die vom Beklagten vorgebrachte Einschränkung als Klagleugnung auffasst.

[2]) Besonders Stölzel ist in neuerer Zeit als eifriger Verfechter der Leugnungstheorie aufgetreten. Er steht (Schulung für die civilistische Praxis S. 167) ganz auf dem extremen Standpunkte einer Entscheidung des Ober-Appel-

Wenden wir uns im Folgenden der kritischen Würdigung der Leugnungstheorie zu, und versuchen wir, das zu ihrer Verteidigung Vorgebrachte zu entkräften.[1])

Welches ist ihr erstes Argument? Schon die Motive zu § 196 E. I. z. B. G. B., der die Leugnungstheorie gesetzlich sanktionieren wollte, führte dieses an[2]): »Wer einen geltend gemachten Thatbestand zugestehe, dabei aber Berichtigungen und Zusätze vortrage, welche den Thatbestand rechtlich zu einem anderen machten, leugne in Wirklichkeit den geltend gemachten Thatbestand, es liege ein qualifiziertes Leugnen vor.« Die Anhänger der Leugungstheorie sagen also, durch die Einschränkung werde das Geschäft zu einem anderen.

Wir geben zu, dass sie dem Worte nach mit dieser Behauptung des »Andersseins« Recht haben. Es ist klar, dass rein äusserlich genommen ein gewöhnlicher Kauf nicht genau dasselbe ist, wie ein Kauf mit der besonderen Abmachung eines dictum et

lationsgerichts Cassel, welches im Falle des qualifizierten Geständnisses anscheinend immer dem Kläger den Beweis aufladen will: »Es macht keinen Unterschied, ob der Beklagte behauptet, es sei das Geschäft in einem grösseren oder geringeren Umfang abgeschlossen, es seien einige von dem Kläger angegebene Bestimmungen nicht erfolgt, oder es seien diese, wie sie erfolgt, vom Kläger nicht angeführt worden; denn im einen wie im anderen Falle hat das Faktum nicht so stattgefunden, wie es vom Kläger behauptet wird. Ebensowenig ist es erheblich, ob die betreffende Thatsache zu den Essentialien oder Naturalien oder Accidentalien des Contrakts gehört.« — In einem in „Schulung für die civil. Praxis S. 198“ angeführten Beispiel sagt ferner Stölzel ausdrücklich: „Die Beweislast, wie ein geliefertes Werk bestellt, — also auch, dass es nicht mit der vom Besteller behaupteten besonderen Vereinbarung bestellt ist, — trifft den Lieferanten.

[1]) Vergl. zu Folgenden auch: Staub, Commentar zum neuen H. G. B. Bd. I, S. 12 ff, Bekh a. a. O. S. 148 ff, Betzinger a. a. O. S. 329 ff.

[2]) Motive S. 383.

promissum. Aber dass ein Kauf und ein Kauf nach Probe im Wesen dasselbe ist trotz des äusseren »Andersseins«, kann doch wohl nicht geleugnet werden. Ihrer Art, ihrer Natur nach fallen beide Geschäfte unter den typischen Begriff des Kaufs, beide stimmen in den Essentialien vollkommen überein. Es wäre ungerechtfertigt zu sagen, ich leugne den Kaufvertrag, behaupte dagegen einen Kauf nach Probe. Leugnet doch Beklagter keineswegs den Abschluss eines Kaufvertrags überhaupt, sondern giebt diesen vielmehr zu. Sein Vortrag unterscheidet sich von dem des Klägers nur darin, dass er zu den von diesem vorgebrachten Merkmalen der Regelvorschrift — Kaufabschluss über einen bestimmten Gegenstand zu bestimmtem Preise — ein neues Merkmal, die Abmachung der Probemässigkeit, hinzufügt, so dass der Thatbestand der Ausnahmevorschrift vorliegt.

Aber auch zugestanden, durch das vom Beklagten eingeführte Thatbestandsmerkmal, »es ist nach Probe verkauft«, werde das Geschäft zu einem anderen, so kann damit doch über die Frage der Beweislast nichts entschieden sein[1]), es ist darum noch lange nicht einzusehen, weshalb mit unbedingter Notwendigkeit die Folgerung gezogen werden müsste, Kläger habe das Fehlen dieses Merkmals darzuthun. Zu einer solchen Entscheidung kann man nur kommen, wenn man annimmt, ein Bestreiten des Beklagten oder das Vorbringen einer Einschränkung genüge, um eine Beweispflicht des Klägers zu statuieren. Damit würde allerdings dem Beklagten

[1]) Bekh a. a. O. S. 162.

seine Verteidigung sehr leicht gemacht. Von einer Beweislastverteilung wäre alsdann überhaupt keine Rede mehr, consequenter Weise käme man auf die oben[1]) angeführte Möglichkeit hinaus, dass Kläger alles zu beweisen habe, Beklagter sich dagegen aufs Leugnen beschränken könne. Dass dies nicht angehe, haben natürlich auch die begeistertsten Anhänger der Leugungstheorie eingesehen. Aber wie sie dieser von ihrem Standpunkte notwendigen Consequenz entgehen wollen, warum sie z. B. bei der Behauptung des Beklagten, der Kaufabschluss sei seinerseits nur zum Scherz geschehen, diesem die Beweislast auferlegen, während sie bei seinem Vorbringen, es sei besondere Qualität der Ware ausgemacht, dem Kläger den Beweis für das Nichtvorhandensein dieser Abmachung aufbürden, hat noch keiner von ihnen genügend zu begründen vermocht. Und doch lässt sich wohl nicht bestreiten, dass beim Einwand des Scherzes das Moment des »Andersseins«, das die Leugnungstheorie gegen unsere Ansicht vorbringt, ebenso und noch viel ausgeprägter vorliegt, als in dem Falle, wo der Kauf zugegeben und nur eine Einschränkung hinzugefügt wird. Mit Recht sagt Staub[2]) »Das Anderssein ist nicht das Losungswort im Kampfe um die Beweislast.« Dies kann nicht entscheiden. Auch kann blosses Bestreiten seitens des Beklagten den Kläger nicht zum Beweise nötigen, oder eine vom Beklagten vorgebrachte Einschränkung den prozessualen Klagegrund und damit die klägerische Beweislast willkürlich ausdehnen. Es darf vielmehr eine Beweis-

[1]) s. Seite 14 der Abhandlung.
[2]) a. a. O. S. 20.

pflicht des Klägers nur dann als vorhanden angesehen werden, wenn die vom Beklagten bestrittene Thatsache bezw. Einschränkung wirklich zum Klagegrunde gehört. Was aber Bestandteil des Klagegrundes ist, das bestimmen eben die Grundsätze über die Beweislast. Es sind die Thatbestandsmerkmale der Regelvorschrift, bei der Klage aus dem Kauf Preis und Waare, nicht aber der negative Umstand, dass keine besondere Abmachung bezüglich der Beschaffenheit der Ware getroffen sei.

Nicht minder stichhaltig als das Moment des »Andersseins« ist der zweite Grund, den die Anhänger der Leugnungstheorie vorbringen. Sie behaupten, man könne die Erklärung des Beklagten, der zwar den Kauf im allgemeinen zugebe, jedoch hinzusetze, er sei mit der Modalität der Probemässigkeit geschlossen, nicht trennen.

Nun mag richtig sein, dass eine Nebenbestimmung der Parteien so wesentlich sein kann, dass sie sich insofern von dem sonstigen Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht trennen lässt, aber warum man nicht bezüglich des Beweises rein äusserlich einen Thatbestand in seine Essentialien und Accidentalien zerlegen könnte, ist nicht einzusehen. [1]) Zu den Essentialien des Kaufvertrags über eine Speziessache gehört die Abmachung der Probemässigkeit aber keineswegs, sie ändert die juristisch unbedingt notwendigen Thatbestandsmerkmale des Kaufs, Preis und Ware, in ihrem Wesen nicht. Wenn daher Beklagter sagt, der vom Kläger vorgebrachte Thatbestand treffe zu, er sei aber in gewisser Weise

[1]) Vergl. Betzinger, a. a. O. S. 332, Bekh. a. a. O. S. 170.

modifiziert, so heisst das noch lange nicht, der vom Kläger behauptete Thatbestand existiere überhaupt nicht, vielmehr gilt damit seitens des Beklagten eine neue Behauptung als vorgebracht, welche die Wirkung der vom Kläger festgestellten Regelnorm hindern soll, für die also Beklagten der Beweis trifft.

Zu einer gegenteiligen Entscheidung kann auch nicht die von der Leugnungstheorie geltend gemachte angebliche Pflicht des Klägers zur Vollständigkeit des Klagvortrags führen. Würde man doch dadurch zu derselben Absonderlichkeit gelangen wie bei dem zuerst angeführten Argument. Kläger müsste, um wirklich vollständig zu sein, die sämtlichen positiven und negativen Erfordernisse seines Anspruchs darlegen, er müsste gleichfalls mit dem Beweise des Nichtvorhandenseins von Scherz oder sonstigen Willensmängeln belastet werden, und diese Konsequenz wollen doch die Anhänger der Leugnungstheorie sicher nicht.

Wie sollte überhaupt dieses Gebot der Vollständigkeit begründet werden? Ein solches giebt es in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren nicht. »Es besteht kein Rechtssatz dafür, dass Kläger den ganzen Sachverhalt vorzutragen habe. Vielmehr ist es ja gerade die Aufgabe der Beweislastregelung, von der einen Partei den Beweis dieser Thatsachen, von der anderen den Beweis anderer Thatsachen zu fordern.« [1]) Auch würde durch das Ansinnen der Vollständigkeit für den Kläger die Rechtsverfolgung einfach unmöglich ge-

[1]) Staub, Commentar zum neuen H. G B, Bd. I, S. 19.

macht werden. Beklagter könnte mit immer neuen Behauptungen kommen, wodurch der Klagvortrag des Angreifers als unvollständig dargestellt würde, immer von neuem müsste Kläger Beweis antreten. Ein Grnndsatz aber, wodurch ein derartiges Verfahren veranlasst wird, kann niemals ein richtiger sein. Es muss genügen, wenn Kläger in seinem Klagvortrag so vollständig ist, dass aus dem von ihm vorgebrachten Thatbestand sein Anspruch sich für den Regelfall als begründet ergiebt. Es ist ausreichend, wenn Kläger darlegt, dass ein Kaufvertrag über eine bestimmte Sache zu Stande gekommen sei. Dies rechtfertigt regelmässig einen Anspruch auf den Kaufpreis. Soll aus einem besonderen Grunde dieser Anspruch sich nicht ergeben, so hat Beklagter diese Ausnahme zu behaupten, und, falls sie vom Kläger bestritten wird, zu beweisen.

Aber, so argumentiert die Leugnungstheorie weiter, wenn jemand aus einem Kaufvertrage klage, glaube er sich dazu berechtigt, und deshalb liege z. B. in dem Klagevortrag, »ich habe 100 Flaschen Wein für 100 Mark an Beklagten verkauft,« implicite die Behauptung, es seien keine besonderen Nebenabreden bezüglich der Qualität getroffen. Wenn nun Beklagter vorbringe, Kläger habe die Zusage von besonderen dicta et promissa des Kaufgegenstandes gemacht, so leugne er damit das im Klagevortrag implicite enthaltene Thatbestandsmerkmal, es seien keine Abmachungen getroffen, es liege demnach ein qualifiziertes Leugnen vor.

Würde dieses Argument als berechtigt anerkannt, so müsste man wieder dazu gelangen, dem Kläger den Be-

weis des ganzen materiellen Klagegrundes aufzubürden. Denn Kläger behauptet ja streng genommen, wenn er eine bestimmte Norm für sich in Anspruch nimmt, das Nichtvorhandensein aller etwa möglichen Gegenmerkmale. Aber von diesem rein logischen Standpunkte darf man doch die Frage nach der Beweislastverteilung nicht beantworten. Wollte man das thun, dann müssten auch die Anhänger der Leugnungstheorie durchaus folgerichtig die Beweispflicht des Klägers auf alle rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Merkmale ausdehnen [1]), da bezüglich aller dieser zwar nicht ausdrücklich, aber doch implicite der Kläger anführt, sie seien nicht vorhanden.

Und schliesslich, wenn auch Kläger bei seinem Vortrage direkt behauptete, besondere Eigenschaften seien nicht bedungen, so ist doch nicht einzusehen, welchen Einfluss dies für die Beweislastverteilung haben sollte. Auf das Behaupten kommt es nicht an, — meist behaupten die Parteien mehr, als sie beweisen müssen, — dies bestimmt die Beweislast nicht, sondern nur, was Kläger behaupten muss, ist von ihm zu beweisen. Zweifellos genügt er aber seiner Behauptungspflicht, wenn er das Contrahieren über eine bestimmte Spezies zu bestimmtem Preise anführt.

[1]) Allzu weit scheint die Leugnungstheorie von dieser Folgerung nicht mehr zu sein. Steht doch z. B. Stölzel (a. a. O. S. 141) dem Grundsatze gar nicht abgeneigt gegenüber, vom Kläger bei der Klage auf den Kaufpreis den Beweis der Nichtzahlung desselben zu fordern, also den Beweis für das Nichtvorhandensein einer rechtsvernichtenden Thatsache, der bisher unbestrittener Massen dem Beklagten oblag.

Diese unsere Ansicht kann auch der völlig haltlose Grund nicht erschüttern, den Stölzel [1]) neuerdings gegen die Einredetheorie vorbringt. Er meint, »wenn der Beklagte sich genötigt sähe, dem Kläger den Eid über die Unbedingtheit des Geschäfts anzuvertrauen, dann wäre in der That unsere Jurisprudenz wenig wert. Das hiesse, der Lüge Thür und Thor öffnen, es hiesse, einen Kläger, der wahrheitswidrig aus einem Geschäft als aus einem unbedingten klage, damit prämiieren, dass man ihn zum Eid über seine Lüge zuliesse.« Stölzel vertritt also anscheinend den Standpunkt, man müsse, wenn Kläger einen einfachen Kaufvertrag vortrage, Beklagter dagegen eine gewisse Modifikation behaupte, annehmen, Kläger sage die Unwahrheit.

Wie Stölzel dies begründen will, warum er dem Beklagten grösseren Glauben schenkt als dem Kläger, warum Ersterer, der ebenso gut fälschlicher Weise eine besondere Modalität des Geschäftes einwenden kann, »damit prämiiert werden soll, dass man ihn zum Eid über seine Lüge zulässt,« ist unmöglich einzusehn. Jedenfalls aber darf nicht ohne weiteres angenommen werden, Kläger sage die Unwahrheit. Soll doch gerade durch das Beweisverfahren zur Feststellung gelangen, wer derjenige ist, der etwas Falsches vorgebracht hat.

Wir kommen zum letzten Argument, das zur Verteidigung der Leugnungstheorie angeführt wird. Die ökonomische Verschiedenheit, die zwischen einem einfachen Kauf und einem Kauf mit Abmachung besonderer Eigenschaften des Objektes sich

[1]) a. a. O. S. 142

darstellt, soll massgebend sein für die Verteilung der Beweislast, sie soll beim Spezieskauf die Beweispflicht des Klägers für den reinen Kaufvertrag begründen.

Die Worte Betzingers [1]) genügen, um auch diesen letzten Grund zu entkräften: »Nicht die ökonomischen Wirkungen einer Thatsache kommen als Beweisthema in Betracht, sondern nur die Wahrheit der thatsächlichen Grundlage des Anspruchs.«

Haben wir im Verlaufe der bisherigen Ausführungen gesehen, dass die Leugnungstheorie besonders in ihrer Allgemeinheit [2]) wissenschaftlich unhaltbar ist, dass sich jedenfalls von ihren Anhängern nichts Stichhaltiges hat beibringen lassen für den Satz, der aus einem Rechtsgeschäft Klagende habe immer den reinen Geschäftsabschluss darzuthun, so soll jetzt ferner gezeigt werden, dass diese Theorie auch im Gesetz jeder Begründung entbehrt, dass vielmehr eher die von uns verteidigte Ansicht dort ihre Berechtigung nachweisen kann.

Schon das offensichtliche Bestreben unseres Gesetzbuches, den Beweis von Negativen, der nach der Leugnungstheorie in sehr vielen Prozessen nötig sein würde, zu vermeiden, spricht gegen den Standpunkt unserer Gegner. Natürlich soll nicht gesagt werden, dass derjenige, der eine Negative in den Prozess bringe, vom Beweise frei sei. Aber dass unser B. G.-B. aus praktischen Gründen einem Nega-

[1]) a. a. O. S. 334.

[2]) Wie sie z. B. von Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis, vertreten wird.

tivenbeweise thunlichst aus dem Wege geht, ist nicht zu leugnen. [1]) Bereits in den Motiven [2]) lässt sich dieser Grundsatz finden, und er wird bestätigt durch die Beweislastverteilung in sehr vielen Paragraphen unseres Gesetzbuches. So in den Fällen, wo guter oder böser Glaube in Frage kommt. Der gute Glaube, die Negative [3]) ist nicht Beweisthema, sondern bewiesen werden muss regelmässig die Positive, der schlechte Glaube. Noch manche ähnliche Beispiele liessen sich anführen.

Ein weiteres Moment, das aus dem Gesetze gegen die Leugnungstheorie zu Gunsten unserer Entscheidung zu entnehmen ist, und das eigentlich einen direkten Beweis gegen die Richtigkeit der Ersteren bildet, führt Bekh [4]) an. Er weist darauf hin, dass im § 271 [1] B. G.-B. der Gesetzgeber, wie sich aus der Fassung und dem Sinn des Paragraphen ergebe, augenscheinlich die Beweislast in der Weise habe verteilt wissen wollen, dass eine Beweispflicht desjenigen, der sich auf ein Rechtsgeschäft berufe, in der Hinsicht nicht bestehe, als es sich um Beifügung eines vom Beklagten behaupteten Anfangstermines handele. Ist das richtig, und unseres Erachtens haben es Staub [5]), Bekh [6]) und auch Planck [7]) überzeugend nachgewiesen, so zwingt uns dies, dasselbe anzunehmen bezüglich aller anderen Nebenbe-

[1]) Vergl. Bekh, a. a. O., S. 182.

[2]) Motive II, S. 729, V. S. 561.

[3]) Der „gute Glaube" ist als Negative zu bezeichnen, weil er das Nichtwissen einer Thatsache enthält.

[4]) a. a. O. S. 179.

[5]) Staub, Commentar zum neuen H. G.-B. Bd. I, S. 21.

[6]) a. a. O.. S. 179 ff.

[7]) Planck, Commentar zum B. G.-B. II, S. 41, 43.

stimmungen. Denn ob diese das Hauptgeschäft etwas mehr oder weniger beeinflussen, darf bei konsequenter Durchführung eines Prinzips nicht zu einem anderen Ergebnis führen, und demnach wäre unsere Entscheidung, dass beim Spezieskauf Kläger nicht den reinen Geschäftsabschluss, sondern Beklagter die angeblich beigefügte Modifikation zu beweisen habe, auch aus dem Gesetze gerechtfertigt.

Es erübrigt eine Kritik der Leugnungstheorie nach den Resultaten ihrer praktischen Anwendung im Prozess, und diese dürfte wohl noch mehr zu ihren Ungunsten ausfallen, besonders dann, wenn mangels anderer Beweismittel Kläger gezwungen ist, der Gegenpartei den Eid zuzuschieben. Nach der Leugnungstheorie müsste hier Beklagter den Eid in folgender kaum verständlicher Form schwören: »Es ist nicht wahr, dass beim Kaufvertrag eine besondere Probemässigkeit nicht vereinbart wurde.« Kläger führt also dann den Beweis des reinen Geschäfts dadurch, dass Beklagter seine Gegenbeweisthatsachen beschwört und damit über seine eigne Behauptung den Eid leistet. Dies verstösst aber gegen den fast allgemein anerkannten Satz des Prozessrechts, dass Eide über eigne Behauptungen unstatthaft sind, und nicht ohne Grund wird daher Stölzel gegenüber aus dem Zuhörerkreise der Einwand erhoben: »Wie kann eine Partei über ihre eigne Behauptung zum Eide zugelassen werden!« [1])

Aber selbst, wenn man dieses Abgehen von einem Grundsatze des Prozessrechts als gerechtfertigte Ausnahme anerkennen würde und den Kläger den Beweis führen liesse, so bliebe doch noch

[1]) Stölzel, a. a. O. S. 98.

immer die schwierige Frage übrig: »Worauf müsste sich dieser klägerische Beweis beziehen? Auch darüber sind die Anhänger der Leugnungstheorie nicht einig, und werden infolgedessen in der Praxis Zweifel entstehen. Drei Möglichkeiten kommen in Betracht. Entweder hat Kläger darzuthun, dass ein reiner Kauf stattgefunden, nicht aber, dass die spezielle Abmachung der Probemässigkeit unwahr ist, oder aber die Beweisführung des Klägers muss sich gerade auf diesen letzteren Punkt beziehen, oder endlich dem Kläger darf nur der Beweis dafür auferlegt werden, dass der Vertrag an sich, wie er ihn behauptet, geschlossen ist. Im letzteren Falle müsste also Beklagter, wie Betzinger [1]) sehr richtig betont, den sonderbaren Eid leisten: »Es ist nicht wahr, dass ich den Kauf abgeschlossen habe.« Viel einfacher und natürlicher ist es da doch sicherlich, das Anführen des Beklagten, es sei nach Probe verkauft, als Einrede aufzufassen und dem Kläger den Eid über deren Nichtwahrheit zuzuschieben.

β. Kritische Würdigung derjenigen Ansicht, die beim Genuskauf den Käufer die Abmachung der Probemässigkeit beweisen lässt.

Die bisherigen Darlegungen werden genügen, die Ausführungen unserer Gegner bezüglich der Beweislast beim Spezieskauf als unbegründet erkennen zu lassen und damit unsere Entscheidung zu rechtfertigen, dass beim Spezieskauf Käufer den Beweis für das Vorliegen eines Kaufs nach Probe zu führen habe.

Es gilt jetzt noch, diejenige Ansicht zu wider-

[1]) a. a. O. S. 342.

legen, die zwar bezüglich des Spezieskaufs mit uns übereinstimmt, die aber beim Genuskauf nicht wie wir dem Verkäufer, sondern auch hier dem Käufer den Beweis auferlegt.

Besonders entschieden vertreten wird dieser Standpunkt von Staub [1]). Er sagt, der Unterschied, den man hinsichtlich der Beweislast beim Spezies- und Genuskauf mache, sei in keiner Weise begründet. Beim Kauf nach Probe liege immer nichts anderes vor, als die besondere Abmachung einer bestimmten Qualität der Ware. Auch beim Genuskauf sei die Vereinbarung gewisser Eigenschaften ein Accidentale und vom Käufer zu beweisen. Es werde hierdurch innerhalb der Gattung nur eine gewisse Art und Beschaffenheit stipuliert, und dem Gesetzgeber sei das Verhältnis von Gattung und Art wohl bekannt gewesen.

Dieser Argumentation können wir nicht beipflichten, ein Unterschied in der Beweislast beim Spezies- und Genuskauf muss gemacht werden. Staub betont selbst, man müsse daran festhalten, dass Verkäufer die Essentialien, also Preis und Objekt, darzuthun habe. — Dieser Pflicht genügt er aber nicht schon dann, wenn er beweist, dass über eine Genussache im allgemeinen ein Kaufvertrag zu Stande gekommen sei. Sobald vielmehr Beklagter eine besondere Abmachung bezüglich Beschaffenheit der Ware geltend macht, wird die Beweispflicht des Verkäufers erweitert, das Objekt des Vertrages, wie es vom Kläger hingestellt wird, ist angegriffen. Man kann nicht zugeben, dass die hinzugefügte

[1]) s. zum Folgenden Staub, Commentar z. alten H. G. B. S. 851; vergl. auch Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch S. 190 ff.

Modalität beim Genuskauf nur ein Accidentale bilde, vielmehr wird dadurch der wesentliche Inhalt des Kaufvertrages bestimmt. Man darf nicht mit Staub sagen, das Genus bleibe das gleiche, es werde nur eine spezielle Art innerhalb desselben stipuliert, sondern es tritt an Stelle des vom Kläger behaupteten, infolge der angeblich beigefügten dicta et promissa, ein neues selbständiges Genus. Es leugnet Beklagter, „dass über ein Genus in derjenigen Allgemeinheit contrahiert worden, wie vom Kläger geltend gemacht wird [1])". Das Objekt des Vertrages bleibt nicht wie beim Spezieskauf dasselbe, sondern durch das Anführen des Beklagten wird es zu einem ganz anderen. Diesen Gedankengang giebt auch das Reichs-Oberhandelsgericht in seiner Entscheidung Band 15 S. 269 im allgemeinen wieder, wenn es sagt: „Der vom Kläger hervorgehobene Gesichtspunkt, die Parteien seien einig über den wesentlichen Inhalt des Vertrages und uneinig blos hinsichtlich eines Nebenpunktes, trifft nicht zu. Denn Verabredung hinsichtlich bestimmter Eigenschaften der Waren im Falle des Genuskaufes ist nicht Verabredung über einen Nebenpunkt, sondern durch diese Verabredung wird der wesentliche Inhalt des Vertrages affiziert." — Es ist also Sache des Klägers, den durch das Vorbringen des Beklagten erschütterten Klagegrund durch Beweis wieder zu befestigen.

2. Der Beweis der Probemässigkeit.

Im vorigen Abschnitt glauben wir hinreichend behandelt und klargestellt zu haben, wen die Beweis-

[1]) R. O. H. G. Bd. 2[420].

last trifft hinsichtlich der Frage, ob Kauf nach Probe vorliege.

Mit zwei weniger bestrittenen Punkten, dem Beweis der Probemässigkeit und der Identität der vorgelegten Probe, sollen sich die beiden letzten Teile der Abhandlung beschäftigen.

Was Ersteren betrifft, so wird in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannt [1]), dass Verkäufer regelmässig die gehörige Qualität, die Probemässigkeit der Waare, darzuthun habe. Die Begründung ist leicht zu geben. Sobald nämlich Käufer das Vorhandensein der zugesagten Eigenschaften bestreitet und daraufhin Zahlung des Kaufpreises verweigert, macht er die exceptio non rite adimpleti contractus geltend. Dieser Einrede gegenüber darf aber dem Verkäufer der Kaufpreis nur zugesprochen werden, wenn er ihre Grundlosigkeit darthut, indem er Erfüllung seiner Verbindlichkeit behauptet und den Beweis liefert, dass er die Leistung sowohl quantitativ wie qualitativ in der Weise bewirkt habe, wie er sie schuldete. Beim Kauf nach Probe besteht aber das Wesentliche der Leistung in einer gewissen qualitativen Besonderheit, in der Probemässigkeit des Kaufobjekts. Nur wenn diese Probemässigkeit festgestellt ist, kann die eingeklagte Kaufpreisforderung als begründet gelten. Den Verkäufer trifft daher die Beweislast für die Probemässigkeit der Ware, einerlei, ob er auf Zahlung des Kaufpreises, oder Käufer unter Zurückweisung der angeblich nicht probemässigen Ware auf Schadensersatz

[1]) Busch's Ztschr., Bd. XII, S. 487 — R. O. H. G. II [181], VI [327], XV [367].

oder Rückgabe des etwa schon gezahlten Kaufpreises klagt.

Eine Ausnahme tritt nur ein, falls die Voraussetzungen vorliegen, die der § 363 B. G.-B. angiebt „Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete, oder weil sie unvollständig gewesen sei.« Hier ist also die Beweislast in entgegengesetzter Weise geregelt. Zwar ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch die Annahme als Erfüllung nicht ausgeschlossen, aber während sonst der aus dem Kauf nach Probe in Anspruch genommene Käufer Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, bis der Verkäufer die ihm obliegende probemässige Lieferung der Ware bewiesen hat, ist jetzt Käufer derjenige, der zu beweisen hat, dass die Ware der Probe nicht entspricht.

In den meisten Fällen wird sich nun der Beweis der Probemässigkeit bezw. Nichtprobemässigkeit nur führen lassen, wenn die Probe zur Stelle ist, also von dem Inhaber derselben vorgelegt wird, weil nur dann durch Vergleich der Probe mit der Ware die Uebereinstimmung beider festgestellt werden kann. Es muss daher für denjenigen, welcher die Probe in seinem Besitz hat, die Verpflichtung bestehen, dieselbe zum Zwecke des Beweises der beweispflichtigen Partei auf Verlangen vorzulegen, und bei unbegründeter Weigerung der Beweis der von der Gegenpartei behaupteten Qualität als erbracht

angesehen werden, weil ja sonst eine Beweisführung willkürlich unmöglich gemacht werden könnte.

Wie aber ist hinsichtlich des Beweises zu verfahren, wenn die Probe überhaupt abhanden gekommen oder sonst untergegangen ist? Ist der Verlust der Probe von keinem der Contrahenten verschuldet, so bereitet die Frage keine Schwierigkeiten. Es ist selbstverständlich, dass die Beweislast dadurch nicht verschoben werden kann. Wer sonst beweispflichtig wäre, bleibt dies auch weiterhin,[1]) also regelmässig der Verkäufer.

Dagegen tritt unter Umständen eine Verschiebung der Beweislast ein, sobald das Abhandenkommen der Probe auf das Verschulden, sei es Vorsatz oder Fahrlässigkeit, einer der Vertragsparteien zurückzuführen ist. Das Reichs-Oberhandelsgericht [2]) vertritt alsdann in ständiger Praxis den Standpunkt, derjenige, der schuldhafter Weise die Probe verloren gehen lasse und dadurch der beweispflichtigen Partei gegenüber an der Vorlegung verhindert sei, bürde sich unbedingt die Beweislast bezüglich der Qualität auf. [3]) — Unseres Erachtens ist diese Auffassung zu scharf, sie lässt sich so uneingeschränkt und ausnahmslos nicht durchführen. Es mag richtig sein, dass im allgemeinen der Inhaber der Probe sich seiner Verpflichtung zur Aufbewahrung derselben bewusst sein muss, da nur bei ihrem Vorhandensein im Falle eines Streites über die Probemässigkeit

[1]) Bolze XIX, No. 536.

[2]) Bd. 9 [27], 23 [308].

[3]) So auch R. G. XX [5], Seufferts Archiv, Bd. XXIII [270], XXIX [206].

die beweispflichtige Partei die Uebereinstimmung bezw. Nichtübereinstimmung zwischen Probe und Ware nachweisen kann. Aber dass diese Erwägung immer zutreffe, dass unter allen Umständen vom Inhaber der Probe die sorgfältige Verwahrung derselben zu verlangen sei, lässt sich wohl nicht behaupten. Es sind vielmehr Kaufverträge denkbar, bei denen nach Lage der Sache und nach den Anschauungen des Lebens eine derartige Zumutung billiger Weise nicht zu stellen ist, und bei denen daher auch an einen Verlust der Probe diese harte Folge bezüglich der Beweislast nicht geknüpft werden darf. Man nehme nur an, die Probe sei längere Zeit vor Kaufabschluss dem Käufer übergeben worden und dieser habe sie, indem er vielleicht gar nicht mehr an ein Zustandekommen des Vertrages dachte, achtlos zu Grunde gehen lassen. Hier wäre doch keinesfalls eine Beweispflicht des Käufers für die Probemässigkeit allein deshalb zu konstruieren, weil er die Probe nicht sorgfältiger vor Verlust bewahrte.

Am Besten ist es, in dieser Frage einen Mittelweg einzuschlagen und blos dann bei Verlust der Probe eine Verschiebung der Beweislast zu Ungunsten der schuldigen Partei anzunehmen, wenn nach Lage der Sache unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr von dem Inhaber der Probe verlangt werden konnte, dass er für ihre Erhaltung sorge.

3. Der Beweis der Identität der Probe.

Auch dieser Punkt ist, als zum Rahmen unserer Abhandlung gehörig, einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Es ist zu untersuchen, wen die Beweislast trifft, wenn die Identität der im Prozess vorgelegten Probe mit der dem Kaufvertrag zu Grunde liegenden bestritten wird.

Die Einen[1]) fällen die Entscheidung zu Ungunsten des Käufers. Sie sagen, er habe darzuthun, dass Kauf nach Probe vorliege, und daraus folge auch seine Beweispflicht bezüglich der Identität der Probe.

Andere[2]) — dies ist die in Wissenschaft und Praxis herrschende Ansicht — laden dem Verkäufer die Beweislast auf.

Letzterer Standpunkt ist unseres Erachtens der allein richtige. Wenn man annimmt, dass der Verkäufer den Beweis der Probemässigkeit zu führen habe, so muss man folgerichtig dazu kommen, sich ebenfalls für die Beweispflicht des Verkäufers hinsichtlich der Identität zu entscheiden. Denn die Probemässigkeit beweisen, heisst nichts anderes, als beweisen, dass die Ware mit der Probe übereinstimmt. Dazu kann aber nicht der Nachweis genügen, dass die Ware von derselben Qualität ist wie die im Prozess vorgelegte Probe, sondern der Beweis der Probemässigkeit darf erst dann als geführt gelten, wenn dargethan ist, dass die Ware dieselben Eigenschaften besitzt, wie die Probe,

[1]) z. B. Staub, Commentar zum neuen H. G.-B, Band II zu § 382.

[2]) R. O. H. G. VI[839], Bolze X, No. 461, Dernburg, Preussisches Privatrecht II, § 153.

welche dem Kaufabschluss zu Grunde gelegen hat. Somit fällt der Beweis der Identität notwendiger Weise und unzertrennbar mit dem der Probemässigkeit zusammen, er bildet einen Teil des Letzteren. Da aber dem Verkäufer der Beweis der Probemässigkeit obliegt, so hat er auch den Nachweis für die Identität der Probe zu erbringen.

Schluss.

Fassen wir die in unseren Ausführungen gewonnenen Resultate kurz zusammen.

Darnach trifft zunächst den Käufer im Falle des Spezieskaufs die Beweislast für das Vorliegen eines Kaufs nach Probe. Die Leugnungstheorie, die zur gegenteiligen Entscheidung kommt, ist in ihrer Allgemeinheit unhaltbar. Weder das Moment des »Andersseins« und der Einheitlichkeit und Untrennbarkeit einer Willenserklärung, noch die angebliche Pflicht des Klägers zur Vollständigkeit des Klagvortrages und die ökonomische Verschiedenheit des Objekts können uns von der Berechtigung der Leugnungstheorie und der aus derselben hervorgehenden Beweispflicht des Klägers für den reinen Geschäftsabschluss überzeugen. Ziehen wir ferner in Betracht, dass unser B. G. B. in seiner Abneigung gegen Negativenbeweise und in seiner direkten Beweisregelung bei behaupteter Fristsetzung zu Gunsten der Einredetheorie mehr zu Letzterer hinneigt, dass ferner in der Praxis die Leugnungstheorie zu den unnatürlichsten und direkt gesetzwidrigsten Consequenzen führt, dann kann es unseres Erachtens nicht schwer fallen, sich für die Einredetheorie und damit im Sinne der von uns im Falle des Spezieskaufs aufgestellten Beweislastverteilung zu entscheiden.

Ausdrücklich weisen wir noch den von Stölzel [1]) erhobenen Vorwurf zurück, wir könnten eine derartige Beweisregelung nur durch Aufstellung einer Vermutung für den reinen Geschäftsabschluss begründen. Einer solchen bedürfen wir keineswegs. Wir legen vielmehr, wie ausgeführt, dem Käufer nur deshalb den Beweis der behaupteten Abmachung auf, weil Verkäufer nach der im B. G. B. vertretenen Beweistheorie genug beweist, wenn er die allgemeinen Merkmale eines gültigen Kaufvertrags, die Thatbestandsmerkmale der Regelvorschrift, darthut.

In entgegengesetzter Weise wie beim Spezieskauf hat, wie wir darlegten, beim Genuskauf die Verteilung der Beweislast zu erfolgen. Hier ist durch die Behauptung des Käufers, es sei nach Probe verkauft, das Objekt des Vertrages zu einem ganz anderen geworden, als wie es vom Verkäufer hingestellt wird. In dem Vorbringen des Käufers liegt eine Klageleugnung und Verkäufer ist daher beim Genuskauf derjenige, den der Beweits trifft für den reinen Geschäftsabschluss.

Was endlich den Beweis der Probemässigkeit und der Identität der vorgelegten Probe anbetrifft, so lassen sich die darauf bezüglichen Grundsätze kurz dahin zusammenfassen, dass der Verkäufer regelmässig in beiden Fällen der beweispflichtige Teil ist. Eine Ausnahme hinsichtlich des Beweises der Probemässigkeit zu Ungunsten des Käufers tritt

[1]) a. a. O. S. 167.

ausser dem Falle des § 363 B. G. B. nur dann ein, wenn die Probe durch sein Verschulden in Verlust geraten ist, obwohl er zur Aufbewahrung derselben den Umständen nach verpflichtet war.